CONFIRMACION DEL INFORME

DADO EN 26. DE ABRIL DEL PRESENTE AÑO 1735.

POR

THOMAS COMES, ESCRIVANO de Camara, y Secretario de Acuerdo en esta Real Audiencia, y Doña Theresa Meseguer, viuda, y heredera de Don Francisco Comes, Secretario que fue de su Mag. y del mismo Real Acuerdo.

EN EL PLEYTO

CON EL DOTOR PEDRO JUAN Comes, Presbytero, Francisco Comes, Escrivano, y Esperanza Comes, hijos de Miguel, sobre pretender èstos la herencia de Francisco Comes de Pedro Juan, por muerte de dicho Don Francisco.

*** ***

JESUS, MARIA, JOSEPH,
Y EL ARCANGEL S. MIGUEL.

1 CONTRA el citado informe han impresso, y dado los actores nuevo papel, intentando persuadir, que nos desviamos de la verdad, y que solos ellos vàn conformes al hecho, y derecho que resulta de los autos: pero los fundamentos con que lo quieren apoyar, unicamente sirven para convencer, y assegurar mas la justicia por el drecho de esta parte, y hacer patente con duplicadas luzes el error, y equivocacion de la adversa, en aquellas mesmas dotrinas de que se valen, para impugnar las nuestras.

(1) Farinac. de testib. lib. 2. tit. 6. q. 55. n. 32. 50. & 51.

2 Porque toda la materia juridica del pleyto, parece que se reduce à demonstrar, si la institucion hereditaria, de que se trata, fue libre, absoluta, y sin gravamen alguno, tacito, ni expresso, como defendemos; y el testamento del año 1711. manifiesta, ò confidencial, y gravado Don Francisco Gomes, en aver de restituir, despues de sus dias, la herencia de Francisco Gomes, de Pedro Juan, à los expressados sus Sobrinos, como estos lo pretenden. En cuyos terminos solo podemos indagar la verdad, ó por los hechos deducidos en el pleyto, ò por las disposiciones literales de los testamentos.

(2) Farinac. in d. q. 55. num. 149. ex Surdo, decis. 219. post n. 4. Franc. Gabriel, & alijs.

(3) Idem in d. quæst. 55. n. 64. & 65. cum Mascard. de probat. lib. 1. conclus. 535. post n. 20. Roland. à Valle, lib. 3. consil. 37. n. 8.

3 En quanto à los hechos, parece queda bastantemente convencido en la primera parte de nuestro informe, que los actores no han probado las sugestiones dolosas, y confidencia que suponen, y en que se fundan, porque los testigos que han producido, no merecen

la menor fee, pues Vitoriana Ximenez, y Francisco Oliver, unicos, que se dicen presenciales, aunque las deponen, padecen las insanables tachas, que demonstramos, y fundamos al num. 12. y siguientes de la primera parte.

4 Para evacuarlas los actores quieren satisfacer en su nuevo papel, sentando con Farinacio, (1) que los testigos domesticos son aviles, y los mas idoneos, para probar hechos clandestinos, y que aunque se opone à Vitoriana Ximenez, que fue criada de Miguel Comes, padre de los adversos, no embarazarà esta circunstancia, quando no ocurre al tiempo de la deposicion.

5 Pero se reconoce, que los actores, ó no han visto à Farinacio, ò no ajustan su dotrina à la verdad del caso: pues si bien enseña aquel Autor, que el que fue criado puede atestiguar en hechos domesticos, quando no sirve, pero se dexan los contendores las limitaciones de esta dotrina, que se encuentran en el mesmo lugar que nos citan, (2) donde escrive Farinacio, que sin embargo de poder ser testigo, el que fue criado, no es avil, è idoneo, porque no es mayor de toda excepcion (como en nuestro caso deve ser) por durar en èl la reverencia, y afecto; y en otro lugar: (3) *Que esta especie de testigos no se admiten, sino quando el hecho no puede probarse por otros, y que la impossibilidad nazca de la mesma naturaleza del negocio, ò sucesso, que por su calidad aconteza en lugar, tiempo, y hora donde no pudiessen encontrarse otros testigos, nec abitu, nec potentia, y que pudiendoles aver, abitu aut potentia, no se admiten los testigos domesticos.*

6 Y declarando dicha Vitoriana Ximenez,

(1) Farinac. *de testib. lib. 2. tit.6.q. 55.n.32.50.& 54.*

(2) Farinac.*in d. q.55.num.*149. ex Surdo,*decis.*219. *post n.*4. Tiraquel.Gabriel,& alij*s.*

(3) *Idem in d. quæst.*55. *n.64. & 65.* cum Mascard. *de probat. lib.* 1. *conclus.*533.*post n.*20. Roland.à Valle,*lib.3.consil.*27.*n.*8.

nez, y Francisco Oliver, que se hallaron presentes al tiempo de las sugestiones el Padre Borgoñò de la Compañia de Jesus, Francisco Alcozer, Bayle del Grau, y otros que nombran, y los testigos instrumentales del Testamento, que fueron el Dotor Pedro Vicente Traver Medico, Nazianceno Porcar, y Miguel Aguirre Escrivanos, los mas vivian, quando los testigos adversos se examinaron, y de ninguno de aquellos se han valido los actores, sino del dicho Francisco Oliver interesado, y pariente, y Vitoriana Ximenez, muger sumamente lerda, incapaz, y pobre, trayendola del Lugar de Domeño, distante de la presente Ciudad muchas leguas, y haciendo pagar irregularmente à esta parte (en virtud del auto del Señor Semanero foj. 125. que protestò) las dietas que avia vacado, dicha Vitoriana para venir à hacer su inducida, animosa, y apasionada deposicion.

7 Y es muy del caso la reflexion que ponderò Cyriaco (4) para excluir en otro heredero las dolosas sugestiones, que se le atribuìan, fundado en la buena fee, y credito de el, y del Escrivano que recibiò el Testamento, circunstantes, y calidad de testigos, ante quienes se dispuso, y otorgò, por no ser creible, que si Don Francisco Comes, heredero, y Juan Bautista Paris, que autorizò nuestro testamento, tuvieran animo doloso de violentar ilicitamente al Testador, y no alargar en el testamento toda su disposicion, lo practicassen en presencia de unos sugetos Religiosos, y condecorados, como dicen los testigos adversos se hallaron presentes, sino que huvieran buscado ocasion, y hora cauta para executar tal maldad, agena del buen proceder, y lega-

(4) Cyriac. *controvers.* 407. *ex num.* 306. & 329. ibi: *Duodecimum est adminiculum, quod D. Notarius, & alii qui habuissent in animo faciendi aliquam imposturam, non adhibuissent in testes viros Religiosos, valde scrupulosos, & doctos, sed vocassent idiotas, & ignorantes.*

galidad de Don Francisco, que mereciò la mayor confianza à los primeros Xefes de la Ciudad, y Reyno, mientras viviò, como esta parte lo tiene justificado al tenor de la 2. y 3. preguntas de su interrogatorio foj. 126. de los autos: ni huvieran admitido por testigos del testamento à dichos Dotor Traver, Nazianceno Porcar, y Miguel Aguirre Escrivanos, personas inteligentes, à quienes no se podia celar las fraudulentas sugestiones, que se suponen, sino que se huvieran valido (como la adversa se vale) de testigos ignorantes, è idiotas, segun expressa Cyriaco, para que no comprehendiessen la malicia: y el dicho Dotor Traver no huviera firmado, como firmò, el testamento por el testador, si la disposicion que en el se halla, no fuera la misma, que en su presencia deliberada, y maduramente se avia acordado, y dispuesto. Y todas estas poderosas, y fundadas consideraciones, que tanto nos favorecen para excluìr la mala fee en Don Francisco, la acreditan en los actores, calificando su temeraria impostura, pues pudiendo tener testigos autorizados, y mayores de excepcion, se han apartado de ellos, porque no contestarian su poco recta intension, buscando solo los que por tantos titulos quedan convencidos de falaces en sus deposiciones.

8 Y aunque insisten los actores en acreditarlas, ponderando, que no van aprobar las idemticas palabras, que Francisco Comes de Pedro Juan profiriò al tiempo de otorgar su ultimo testamento, queriendo le sucediessen dichos Sobrinos, sino lo substancial de esta incierta disposicion, y que la podria retener en la memoria Vitoriana Ximenez, por las repe-

tidas vezes que lo avia oìdo à Don Francisco, estando en su casa; pero el contexto de la 5. pregunta, y de la deposicion de Vitoriana, sobre ella, en que à la letra se copia su contenido, se manifiesta aver expuesto, y querido probar ciertas, y formales palabras del Testador, las que no es presumible las pueda conservar Vitoriana en su fragil memoria, despues de tanto tiempo, como lo fundamos al n.21. de la primera parte; y en los propios terminos lo confirma Farinacio, (5) à quien los contrarios han tomado por Aquiles.

9 La declaracion de Francisco Oliver, que es el otro testigo, que se supone presencial, igualmente queda acreditada de inducida, con sola la deposicion de Juan Mestre, que expusimos al num. 17. pues si este testigo afirma, que junto con èl, y en la sala del recividor se hallava Oliver al tiempo de la contienda, que figuran entre Don Francisco, y el Testador, no pudo estar dentro la quadra, siendo pura mal fundada adivinacion, interpretar, que Oliver pudo estar en la quadra al tiempo de las sugestiones, y salirse despues al recividor, quando se otorgò el testamento, porque à mas de que la presencia devia ser al testamento, (6) porque solo entonces se puede hacer concepto de la ultima, cierta, y acordada disposicion, como fundamos en la 2. parte desde el num. 1. hasta el 6. no obstante, siempre queda sin merito la interpretacion; porque tambien puede ser que no estuviera presente Oliver à las inmaginarias sugestiones, asegurando Juan Mestre, que estava con el en la sala del recividor; y en estos terminos solo la duda quita la fee que se pudiera dàr à la deposicion de Oliver.

(5) Farinac. *quæst.64. n.71.* ibi: *Secus si de facto antiquo plurium annorum, in quo non est verisimile testes de præcisis verbis memoriam retinuisse, quia immo tunc si concordant in forma verborum, sunt de falso suspecti, & nihil probant.* cum Bald. Roland. & aliis.

(6) Tonduto, *quæst. civil. cap. 77. in decis. Bichi, vers. Hinc nõ obstant. inferius citanda.*

10 La prueva de oìda es tan devil, como los demàs fundamentos contrarios, pues apoyandola con la dotrina de Farinacio (7) tienen en este Autor excluido el merito de ella; porque si bien es verdad nos enseña, que se admiten los testigos de oìda, pero lo limita (8) al caso de averse de juzgar por presumpciones, pero no quando se ha de resolver, segun el tenor de los instrumentos, como lo fundamos en la 2. parte al num. 6. y 7. y lo trae Tonduto (9) en el mesmo lugar que nos citan los actores.

11 Y continuando Farinacio en escrivir las calidades que deven tener los testigos de oìda, advierte (10) que: *Han de ser muchos, personas graves, mayores de toda excepcion: que estas circunstancias se han de articular, y probar: que depongan averlo oìdo antes del pleyto: que no pruevan, si juntamente no afirman que lo entendieron, y lo creen por verdadero: que no sirven tales testigos, quando deponen averlo oìdo de personas que no son fidedignas: y en conclusion, que semejante prueva de oìda es fragil, y sospechosa.* Y si en este concepto la dexa Farinacio, qual se podrà formar de toda la prueva de los actores, que consiste en esta especie de testigos, exceptos Francisco Oliver, y Vitoriana Ximenez, sin expressar de quienes lo han oìdo al passo que hemos justificado, y fundado al num. 27. de la primera parte, que la voz, y fama publica de que deponen, solo fue originada, y fomentada por los mesmos actores, y Antonia Gomis su madre.

12 Aviendo subcumbido los adversos en la prueva real extrinseca, substancial, y precissa de los hechos que han deducido, no la mejoran con las presumpciones que se idean, de

(7) Farinac. *de testib. lib.* 1. *quæst.* 47. *n.* 77. *& lib.* 3. *tit.* 7. *q.* 69. *n.* 44. *& seqq.*

(8) *Idem in d. q.* 69. *num.* 46.

(9) Tondut. *in dict. decis. Bichi, vers. Conjecturæ*: ibi: *Conjecturæ enim admittuntur, ubi verba testamenti clara non sunt, at in claris non est locus conjecturis, l. Continuus, §. cum ita, ff. de verbor. oblig. l. Ille aut ille, §. cum in verbis, ff. de legat.* 3. Joseph Ramon *consil.* 67. *n.* 17.

(10) Farinac. *in d. quæst.* 69. *ex n.* 94. *usque in finem.*

de la confidencia que buſcan, porque viſto el teſtamento del año 1711. en que Franciſco Comes de Pedro Juan inſtituyò heredero à Don Franciſco ſu primo, no ſe halla en todo èl clauſula que indique gravamen alguno, ni à favor de los pretendientes, ni de otro: la hereditaria es como ſe ſigue:

13 *En el remanente de mis bienes muebles, y raizes, drechos, y acciones, que me pertenecen, y pertenecer me puedan, en qualquier tiempo, y lugar, instituyo, y nombro per mi legitimo, y universal heredero al dicho Franciſco Comes Eſcrivano del Rey nueſtro Señor, y de Camara, mi Primo, vezino de eſta Ciudad, para que los aya, y herede con la bendicion de Dios à ſu voluntad*, imponiendole ſolo la obligacion de dar à Joſeph Lanza, muger del teſtador 50. lib. dos cahizes de trigo, y 2. arrobas de azeyte, por alimentos, y à Juana Angela Comes ſu hermana 12. lib. 10. ſueld. cahiz y medio de trigo, y 2. arrobas de azeyte, concluyendo aſsi: *Y declaro, que no tengo herederos forzoſſos, deſcendientes, ni aſcendientes que me ſucedan: Y revoco, y anulo otros, y qualeſquier teſtamentos, y codecilos, que antes de èſte aya hecho, ò eſcrito de palabra, ò en otra forma, para que no valgan, ni hagan fee, ſalvo èſte, que aora otorgo, que quiero valga por mi teſtamento, y ultima voluntad, por la via, y forma, que mejor aya lugar de derecho.*

14 A viſta de una diſpoſicion tan clara, abſoluta, y libre, no ſe puede formar preſumpcion alguna de la confidencia, que pretenden los actores, y mucho menos de ſubſtitucion, ò fideicomiſſo à ſu favor: Y aſsi es fuerza confeſſar, que no pudiendolo inducir por el teſtamento, como equivocados afirman, la han de vereficar preciſſamente extra teſta-

 men-

mentum ; y por consiguiente con prueva concluyente, y relevante; como fundamos, y hasta aora no lo han logrado. Porque el decir, que aviendoles substituido nuestro testador en el testamento del año 1709. en que instituia por heredero à Miguel Comes su padre, probarà qual era la voluntad de Francisco Comes de Pedro Juan, en el segundo testamento del año 1711. y que por èste no se revocò el primero del año 1709. en quanto al fideicomisso, y substitucion, lo que fundan en el nuevo papel, (11) pero es tan violento, como las sugestiones en su idea.

(11) Con el §. *Posteriore*, *Institut. quib. modis testament. infirment.* y la ley 29. *ff. ad Trebell.*

15 Porque los textos que citan hablan del fideicomisso tacito, que se induce quando el Testador en el segundo testamento, manda valga el primero, que entonces el heredero escrito en el segundo testamento, se entiende gravado en aver de restituir la herencia al nombrado en el ptimero, como literalmente se lee en los mesmos textos, (12) cuya disposicion no tiene lugar en los terminos de la controversia, sino para comprobar nuestro intento, porque en el segundo, y ultimo testamento del año 1711. no solo nò expressò Francisco Comes de Pedro Juan queria valiesse el primero del año 1709. (como las leyes citadas previenen) sino que expressamente le revocò.

(12) *D. l.* 29. ibi: *Propter inserta fideicommissi verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum. Et idem in d. §. posteriore.*

16 Y aunque en èste instituyò heredero à Miguel Comes su hermano, y substituyò à los pretendientes, no se infiere que baxò la mesma voluntad, y substitucion, otorgò el segundo testamento del año 1711. porque fuera de ser pura adivinacion; es constante en drecho, que la voluntad explicada en el primer testamento revocado, no sirve para de-

cla-

clarar el ſegundo, donde no ſe hace mencion del primero: Pues aunque por el acto nulo ſe comprehende qual fue la voluntad de los contrayentes en el; pero no aprovecha para interpretar la de otro acto diſtinto, y ſeparado, como tratando de la materia lo enſeña Peregrino. (13)

17 Y mas propiamente Tonduto en ſus queſtiones, y reſoluciones Civiles, que nos citan los actores, (14) el qual comprehende todas las circunſtancias de nueſtro caſo, que parece averſe eſcrito ſobre èl, pues trae la eſpecie de que un teſtador excluyendo con la legitima à ſus hijos, inſtituyò à un eſtraño por heredero, quien poſſeyò la herencia muchos años, y deſpues de ſu muerte entraron à pretenderla aquellos hijos, fundados en que la inſtitucion de heredero à favor de el eſtraño, hermano del teſtador, ſerìa confidencial, y ſe declarò contra los hijos, y en favor de los herederos, que dexò el inſtituido por aquel teſtador, por no preſumirſe la confidencia, ſino reſulta del teſtamento, y ſe prueva cauſa cierta de ella, y no dudoſa. (15)

18 La que no ſe infiere de que los actores fueſſen ſobrinos predilectos de nueſtro teſtador, y que aviendoles ſubſtituido en el primer teſtamento, no ſe preſumiria les olvidaſſe en el ſegundo, porque el meſmo Tonduto reſponde à eſta objeccion, (16) que ni el amor paternal para con los hijos, induce tal confidencia, nombrandoſe heredero eſtraño, à quien el teſtador, con la inſtitucion, explica querer mas. Y no puede impugnarſe el teſtamento, porque en èl ſe hallen preteridos los que ſucederian ab inteſtato: (17) pues quando el teſtador no tiene herederos forzo-

ſos,

(13)
Peregrin. *de fideicom. artic. 16. n. 5.* ibi: *Ex primo teſtamento revocato non infertur ad declarationem ſecundi, de quo teſtator non meminit:::& licet ex actu nullo declaretur qualis fuerit agentis voluntas, l. fin. ff. de rebus eorum, procedit in illo actu nullo, ſed non trahitur ad alium actum in alia ſcriptura.*

(14)
Tondut. *in d. cap. 77. & ſequenti deciſ. Bichi.*

(15)
Tondut. *d. cap. 77. n. 25. & ſeq.* ibi: *Ex conjecturis contrariis non cenſetur inſtitutionem fideicommiſſariam, videlicet ſi in teſtamento nulla adeſſent verba, quibus deſignaretur Teſtatorem habuiſſe confidentiam erga perſonam hæredis inſtituti, ex l. Quidam 46. ff. de hæredib. inſtituen.* ibi: *Manifeſtum debet eſſe ſcriptum hæredem fidem dediſſe, & Teſtatorem fidem ejus ſecutum fuiſſe, probaretur.* Cum pluribus & in deciſione ſeq. Bichi, *verſ. Eo minus*: ibi: *Et quod cauſa inſtitutionis confidentialis debet eſſe certam, & non dubia*, ex Abba. Natt. & aliis.

(16)
Tondut. *d. cap. 77. in deciſ. Bich. dict. verſ. Eo minus.*

(17)
Cyriaco, *controver. 407. à num. 115. cum ſeqq. In dubium revocari nequit validitas teſtamenti ipſius, ex eo quod præterierit tranſverſales venientes ab inteſtato.*

sos, à quienes deva dexar legitima (como Francisco Comes de Pedro Juan declarò no les tenia) pudo à su libre voluntad dar sus bienes, y nombrar heredero al mas estraño, (18) segun el mesmo Cyriaco.

19 Ni resulta la confidencia, y fideicomisso por la confession, que se supone hizo Don Francisco, porque no està probada, ni aprovecha; como demonstramos, y fundamos en la primera parte num. 28. y 29. Y aunque se pueda justificar con dos testigos, como dicen los actores, apoyandolo con la dotrina de Tonduto; (19) devieran tener presente, que no les favorece, porque es en los terminos de que el heredero aya confessado expressamente, que el testador le encargò restituyesse la herencia, que el lo prometiò, y que esto se colija del testamento; pero quando de él no se induce la disposicion, ò substitucion que se pretende, la han de probar precissamente con siete testigos, como el mesmo Tonduto lo explica (20) con la citada *ley 46. de hæredibus instituen.*

20 Contra esta inteligencia no puede aplicarse la dotrina comun, que enseña estar obligado el heredero escrito en el segundo testamento à probar, que el testador revocò el fideicomisso, con que le gravava en el primero; porque procede quando es uno mesmo el heredero nombrado en el primero, y en el segundo testamento. (21) Pero en nuestro caso Don Francisco Comes no fue instituido heredero de Francisco Comes de Pedro Juan, en su primer testamento, en que substituya à los adversos, sino en el segundo, con institucion nueva, pura, y absoluta, que excluye el fideicomisso, como pondera la [illegible]cion de Tondu-

(18) *Idem controv.* 405. *à n.* 19. *cum seqq. Ubi Testator non habet aliquos quibus teneatur relinquere legitimam :: potest ad libitum disponere de rebus suis, etiam instituendo penitus extraneum; l.*1.*C. de Sacros. Eccles. l. Verbis legis* 120.*ff.de verb.signif.* §. *disponat Authen. de nupt. :: Sicque licere quicumque hæreditatem suam relinquere cui velit, etiam invitis iis qui successuri essent ab intestato*, cum Bald.Cephal. & aliis.

(19) Tondut.*d.cap.*77.*num.*31.

(20) Tondut. *d.cap.*77.*n.*25. *& in d. decis.Bich.*latè *vers. Ut enim, & vers.Secundo*, ibi: *Quod duos testes sufficiunt ad probandam voluntatem, sive conventionem inter Testatorem, & hæredem de restituenda hereditate; sed ubi dispositio est clara, & alia extra testamentum inducitur, ad eam probandam septem omnino testes necessarii sunt*, ex Surdo, Gratian. Cancer.Sabelli, §.*heres n.*11.*& §.voluntas n.*2.*in med.*

(21) *Ex l.*3.*ff.de probation*, ibi: *Cum tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo, quam in secundo testamento, pro eadem parte, vel postea pro majore hæres scribitur, l.* 48. *&* 49. *de jure Fisci, & Comm.Scribentes.*

duto. (22)

21 En cuyos terminos no deve eſta Parte, (como mal fundada quiere la otra) probar el motivo que tuvo Franciſco Comes de Pedro Juan, para inſtituìr heredero abſoluto à Don Franciſco ſu primo, y revocar el primer teſtamento, en que ſubſtituìa à los actores, porque ſi es libre en el hombre hacer, y deſhacer à ſu arbitrio quantos teſtamentos quiera, y por diſpoſicion del derecho, aunque fueſſen mil, todos quedan revocados por el ultimo, (23) baſtanos tener el de [redacted] Franciſco Comes de Pedro Juan autentico, y ſolemne, como es el del año 1711. para quedar fundado, y juſtificado nueſtro derecho, y excluìdo el que pretenden los adverſos: porque como eſcrive Cyriaco Autor ſuyo, (24) el teſtamento en eſcritura publica prueva ſer inſtituìdo heredero ſolo, el que en èl ſe halla eſcrito, y no el que no lo eſtà, por ſer la eſcritura prueva probada: y que ſiempre ſe preſume juſto, ſolemne, legitimo, y valido, ſi lo contrario no ſe juſtifica, ni ſe preſume averle otorgado el Teſtador, ni que le han inducido con miedo, dolo, maquinacion, ò importunos ruegos, ni que eſto ſe preſume en el heredero inſtituido, por ſer licito à qualquiera ſolicitar ſu beneficio. Y aunque los adverſos huvieran probado legitimamente, que antes de otorgar Franciſco Comes de Pedro Juan el ultimo teſtamento, lès queria dexar herederos, no lo ſerian, no hallandoſe en el teſtamento eſta diſpoſicion, por lo que fundamos en la ſegunda parte num. 4. y lo confirma Rolando. (25)

22 Todo lo qual procede con mayorìa de razon, aviendo Don Franciſco Comes poſ-

(22) Tondut. *in dict.cap.77.& deciſ. Bich.verſ.At in caſu noſtro.*

(23) *Leg.25.tit.1. part. 6.* & ad eam Hugo Celſo, *in recopil. verb.teſtamento, verſ. 25. Todo hombre.* Latè Roland. *conſil.33.vol.3.n. 18.cum ſeqq.*

(24) Cyriac. *lib.3.controv.407. ex n. 68. uſque ad 96. Teſtamentum in ſcriptura publica probat inſtitutum eſſe eum qui in illo legitur ſcriptus, & non inſtitutum, qui in eo non legitur, quia probatio teſtamenti per ſcripturam dicitur probatio probata; & præſumitur juſtum, ſolemne, & legitimum ::: Et ſemper præſumitur validum, niſi contrarium probetur ::: nec præſumitur Teſtator condidiſſe teſtamentum metu, vel impreſſione alicujus neque dolo, machinatione, vel importunis alterius precibus inductus illud feciſſe: & non præſumi in dolo qui procurat ſe inſtitui, niſi id faciat malis artibus, quia licitum eſt procurare ſuam utilitatem ſine dolo.* Ex Gratian. Caſtill. Mantica, Menochio, Corneo, & aliis.

(25) Roland.*conſult.56.vol.3.ex n.5. cum ſeqq.* ibi: *Non ſufficit dicere Teſtatorem ita voluiſſe, niſi ejus voluntas tranſierit in diſpoſitionem ::: Ergo non ſufficit dicere, Teſtator ita voluit, poſtquam non dixit nec expreſſit, l. Quotiens in princip.* ibi: *Neque eum quem voluit, ff.de hered. inſtit. l.Jubemus, C. de teſtam. ubi Teſtator voluit inſtituere plures, puta quatuor, & hoc conſtabat, & tamen quia non inſtituit niſi duos, dicitur ibi quod illi duo habentur pro inſtitutis, & non alii, quos ſcribere voluit, & non ſcripſit.* Cravet.*in conſil.161.n.34.*

seìdo, y disfrutado por tantos años la referida herencia en virtud de su institucion, vendiendo sus bienes, y haciendo de ellos à su libre voluntad, como àbsoluto dueño, à vista, ciencia, paciencia, y sin la menor contradiccion de los pretendientes, que no podian ignorar (si fuera cierta la substitucion que imaginan à su favor) quando han presentado tantos testigos de voz, y fama publica, y antes de poner las demandas, impetraron las censuras, para las revelatorias; como todo, en exclusion de la supuesta confidencia lo pondera tambien la citada decision de Tonduto. (26) Con lo que se desvanece la afectada ignorancia que alegan, para evadirse de la poderosa excepcion que fundamos al num. 15. de la 2. parte, sobre aver aprobado los adversos à nuestro favor, la disposicion, y testamento de Francisco Comes de Pedro Juan, pidiendonos como herederos de èste les paguemos 916.lib. en que les favorece poco el arbitrio que suponen del Señor Crespi en la decision 23. num. 58. que deve ser el 59. pues solo limita la dotrina de entenderse, aprobar en todo el instrumento quien le presenta, aunque le proteste, al caso de executarlo, para impugnar algun derecho, pero no para pedirle, como los actores que presentaron el citado testamento de Francisco Comes de Pedro Juan, valiendose de èl, para reconvenirnos como tales herederos al pago de las 916.lib. con lo qual le aprobaron, aunque fuesse nulo. (27)

(26) Tond. *in dict. cap. 77. & decis. Bich. vers. Quodque*, ibi: *Quod magis contrahendo pluries cum Claudio tanquam vero hærede, ac permittendo quod ille hereditario titulo omnia alia bona Bernardi possideret per 45. annos, intra quos gratis negatur eos ignorasse assertum pactum confidentiale, cum testes ex adverso inducti deponant fuisse de hoc publicam vocem, & famam.* Ex Peregrin. *de fideicom. artic. 52. num. 104. vers. Quintus.* Treintac. *var. resol. lib. 3. tit. de transact. resol. 1. n. 26.*

(27) Cyriac. *lib. 3. d. controv. 407. n. 312.* ibi: *Quod qui scit nullitatem, censetur approbare, & agnoscere voluntatem defuncti, etiã invalidam*, ex Cæphal. *consil. 377. n. 56.*

23 De que es visto, no sufragarles medio alguno en esta causa: porque, ò pretenden la herencia en virtud del testamento del año 1709. por no ser valido el segundo de 1711. queriendole anular, por las calumniosas, frau-

du-

dulentas sugestiones, que indigna, y temerariamente ponderan, ò dan por valido, como expressamente apruevan este segundo testamento, pretendiendo la herencia, por la institucion confidencial que suponen. Si lo primero: las sugestiones no se han probado, ni aun licitos ruegos de Don Francisco, porque deviendo ser prueva necessariamente relevante, no se admiten congeturas, y en duda, siempre se ha de declarar por la valididad del testamento: (28) y si lo segundo; no resultando la confidencia del testamento del año 1711. han subcumbido igualmente en la prueva real, y extrinseca que el derecho requiere, contra una disposicion testamentaria, clara, y evidente, como se ha fundado; y por consiguiente, no puede tener lugar el tacito mal presumpto fideicomisso. (29)

24 De todo lo qual parece, quedar confirmado, con los mesmos fundamentos contrarios, quanto en nuestro Informe expusimos. Por lo que espera esta Parte se declarà en todo à su favor. Salva semper. Valencia, &c.

Dr. Joseph Gisbert, y Sanchiz.

(28) Cyriac. *controv.* 410. *n.n.* 91. ibi: *Quando agitur de redarguendo instrumento de falso, non sufficere conjecturas, sed probationes debere esse necessario concludentes*, ex Rota, & Farinac. *& controv.* 407. *n.* 126. *Ubi controvertitur super validitatem testamenti, vel nullitate, in dubio pronuntiandum est pro ejus validitate, l. Si pars* 10. *ff. de inoffic. testam. cap. final. ex de re judic.*

(29) Ex tradit. ab Anton. Gomez, *variar. tom.* 1. *cap.* 5. *n.* 23. *cum seqq.* & ibi Ayllon.